VIII.

Das fingirte Geständniß im Civilprozeßrechte.

Von

Herrn Dr. Guyet,

Geh. Justizrath zu Jena.

Soviele Bearbeitungen die civilprozessualische Lehre vom Geständniß auch gefunden hat, so ist doch auffallender Weise ein wichtiger Fall seines Vorkommens, das fingirte Geständniß, fast gänzlich übersehen worden. Manche Lehrbücher des Civilprozeßrechts erwähnen es nicht einmal[1], die meisten und selbst die Handbücher[2] führen es ganz kurz als den Gegensatz des wahren oder wirklichen Geständnisses an und beschreiben es dahin, daß es nach gesetzlicher Vorschrift unter gewissen Umständen für erfolgt angesehen werde. Von monographischen Untersuchungen darüber lassen sich nur zwei von J. H. Böhmer[3]) und von

1) So z. B. Thibaut, System des Pandektenrechts, 6te Aufl. Bd. II. §. 1152. Francke, der gem. deutsche und Schleswig-Holstein. Civilprozeß, Theil II. § 153. Heffter, System des röm. und deutschen Civilprozeßrechtes §. 225 ff.

2) So Danz, Grundsf. des ordentl. Proc. §. 293. Martin, Lehrb. d. bürg. Proc. §. 128, Note 9. Linde, Lehrb. des gem. Civilproc. §. 256, Note 30. Osterloh, Lehrb. des gem. ordentl. Civilprocess. Bd. I. §. 134. Reinhardt, Handbuch des gem. ord. Processes, Bd. I. §. 116. Schmid, Handbuch des gem. deutschen Civilprocesses Th. I. §. 131, Note 25. Martin, Vorlesungen über die Theorie des Prozesses, Bd. II. S. 28, 75.

3) J. H. Böhmeri exercit. ad pandectas, T. II. exerc. XXIV. (de contumacia non respondentis) cap. I.

Richter[4]) anführen, welche wenigstens dem Namen nach diesen Gegenstand behandeln. Ersterer hat jedoch nur das erste Capitel diesem Gegenstand gewidmet und erörtert in seiner bekannten Manier nur die Fälle, in welchen wegen Ungehorsams im Antworten auf eine interrogatio in jure, auf Positionen und bei der Einlassung ein fingirtes Geständniß angenommen wird, daneben auch noch allerlei Anderes und namentlich die ungehorsame Weigerung der Zeugen sich vernehmen zu lassen, während das zweite Capitel den Ungehorsam im Antworten im Criminalprozeß zum Gegenstand hat. Die Dissertation von Richter hingegen ist planlos und verworren, wie sie z. B. in §. 4 das fingirte Geständniß dahin definirt, daß es die fingirte Anerkennung einer Pflicht sei, welche entweder zu dem Zwecke eintrete, daß die Anzeigen für die Wahrheit aus einer gewissen Handlung entnommen würden — dies ist aber nur ein stillschweigendes Geständniß! — oder daß der prozessualische Ungehorsam bestraft werde. Ueberdies enthält sie viel Unnützes, läßt sich auf die einzelnen Fälle nicht ein, in welchen das fingirte Geständniß vorkömmt, und spricht eigentlich von demselben nur bei Angelegenheiten der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, von der Nothwendigkeit eines Decrets dafür, und von seiner Wirkung hinsichtlich der Verurtheilung des Ungehorsamen. Wenn daher hier versucht werden soll, die Lehre im Zusammenhang darzustellen, so ist dies wohl durch ihre Wichtigkeit und durch die im praktischen Rechtsleben oft eintretende Schwierigkeit ihrer Anwendung gerechtfertigt; es möge jedoch zu Gunsten dieses Versuches auch nicht unbeachtet bleiben, daß er ein bisher so gut als ganz unbebauetes Feld zum Gegenstande hat.

Vor allen Dingen ist das fingirte Geständniß im Civilprozeß nicht mit dem stillschweigenden[5]) zu verwechseln.

4) Jo. Tob. Richter, quaedam de confessione ficta in caussa civili capita, Lips. 1744. 32 S. 4⁰. Andere speciell unseren Gegenstand behandelnde Arbeiten hat der Verfass. nicht auffinden können, und die bibliographischen Werke geben ebenfalls nichts dergleichen an.

5) Wie manche thun, z. B. Richter p. 16 ff. Uebrigens darf man doch schwerlich so weit gehen, wie Reinhardt a. a. O. §. 115, Brackenhöft in diesem Archiv Bd. XX., S. 397 und Andere, und das stillschweigende Geständniß im Civilproceß ganz verwerfen. Wer im Rechtsstreit Er-

Das letztere geht, gleich dem ausdrücklichen, aus dem Willen des Gestehenden hervor, und ist nur in der Form der Aeußerung dieses Willens davon unterschieden, indem es aus Handlungen oder Unterlassungen der betreffenden Person geschlossen wird, welche dem Richter nach den Gesetzen der Logik und der Psychologie die Ueberzeugung geben, daß diese Person dabei den Willen gehabt habe, zu gestehen, während sie bei dem ausdrücklichen Geständniß diesen Willen durch Worte oder andere Zeichen, die conventionell einen bestimmten Sinn, gleich den Worten haben, selbst kundgethan hat. Bei dem fingirten Geständnisse hingegen kömmt es auf den Willen derjenigen Parthei, zu deren Nachtheil es als vorhanden angesehen wird, nicht an; dieser Wille zu gestehen kann zwar vorhanden sein, aber es ist dies nicht nöthig, sondern gleichgültig, und es wird nur wegen des Eintritts eines gewissen processualischen Ereignisses angenommen, d. h. fingirt, daß die Parthei gestanden habe. Daraus folgt, daß das fingirte Geständniß schlechterdings eine bestimmte Rechtsnorm, ein Gesetz oder ein Gewohnheitsrecht im processualischen Sinne voraussetzt, welche die Annahme desselben bei Vorhandensein des fraglichen Ereignisses vorschreibt, und daß der Richter ohne eine solche Vorschrift niemals befugt sein kann, ein Geständniß zu fingiren[6]. Dabei scheint es eine ziemlich müßige Frage zu sein, ob man diese Fiction eine praesumtio juris et de jure nennen will oder nicht[7]. Bekanntlich ist dieser Begriff erst in neuerer Zeit gemacht worden, man versteht darunter gewöhnlich nur diejenigen vom Gesetz aufgestellten Vermuthungen, welche keinen Gegenbeweis zulassen, es kömmt auch bei ihnen nicht auf den Willen der betreffenden Person an, und sie sind daher jedenfalls den Fictio-

---

klärungen abgiebt, aus welchen auf seinen Willen, eine gewisse Thatsache zu gestehen, geschlossen werden muß, oder wer Thatsachen zugesteht, die diesen seinen Willen zu erkennen geben, der hat allerdings nicht ausdrücklich, sondern (im letzteren Falle wenigstens mittelbar) stillschweigend gestanden. Doch ist dies mehr nur ein Streit um die Terminologie.

6) Es entspricht dies auch der allgemeinen Natur aller Fictionen, L. 8. D. de castrensi peculio (49, 17). Richter l. c. p. 13, 24.

7) Puchta, Gewohnheitsrecht, Thl. II. S. 162, Note 15. Pfeiffer, praktische Ausführungen, Bd. II. S. 91. Arndts Beiträge S. 137.

nen beizuzählen. Allein jede Fiction, und namentlich die Fiction des Geständnisses deshalb als Vermuthung zu bezeichnen, scheint doch bedenklich, weil die Vermuthung stets eine aus den concreten Umständen hervorgehende Wahrscheinlichkeit voraussetzt, welche vom Gesetz anerkannt und als eine Wahrheit ausgesprochen wird, während bei dem fingirten Geständnisse, wie bemerkt, es hierauf gar nicht ankömmt und sogar in den meisten Fällen die Parthei, deren Geständniß angenommen wird, wenn sie darum befragt werden dürfte, gerade das Gegentheil des für zugestanden Angenommenen behaupten, oder den Willen zu gestehen bestimmt in Abrede stellen würde.

Dagegen muß man das fingirte Geständniß unbedingt und in allen Fällen seines Vorkommens für die nachtheilige Wirkung eines begangenen prozessualischen Ungehorsams oder s. g. Ungehorsamsstrafe erklären[8]), indem, wie noch gezeigt werden wird, alle Fälle seines Vorkommens sich lediglich auf diesen Begriff zurückführen lassen. Dies ist wichtig, weil sich darnach die Erfordernisse des fingirten Geständnisses, welche außer dem schon erwähnten der Nothwendigkeit einer bestimmten Rechtsvorschrift noch vorhanden sind, bestimmen lassen, und sie müssen demgemäß überhaupt den Erfordernissen für den Eintritt aller prozessualischen Ungehorsamsstrafen gleichstehen[9]). Insbesondere muß behauptet werden, daß der Vorgang, aus dem das fingirte Geständniß hervorgehen soll, nothwendig ein gerichtlicher gewesen sein muß, und daß es nicht aus außergerichtlichen Handlungen oder Unterlassungen einer Parthei entspringen kann, weil diese niemals den Charakter des Ungehorsams im prozessualischen Sinne haben können, wie sich von selbst versteht. Ebenso ist hiernach ein fingirtes Geständniß nur dann vorhanden, wenn das Gericht seine Existenz durch ein Decret ausgesprochen hat[10]), was zwar un-

---

8) Dies bezweifeln Manche z. B. Danz a. a. O. Note a), s. auch Richter l. c. p. 13 ff. Richtig ist Osterloh a. a. O.

9) Auf diesen bestrittenen Gegenstand kann hier nicht näher eingegangen werden.

10) Wenigstens nach gemeinem Civilproceßrecht; in Landesprozeßrechten wird nicht selten das fingirte Geständniß bei Eintritt eines gewissen Umstandes ipso jure für vorhanden erklärt.

ter den älteren Canonisten zweifelhaft gewesen zu sein scheint, obwohl sie sich schließlich für die Nothwendigkeit des Decrets erklärten [11]) und was die einschlagende Decretale [12]) allerdings nicht entscheidet, was aber nach den Reichsgesetzen entschieden angenommen werden muß [13]) und den richtigen Grundsätzen über den prozessualischen Ungehorsam überhaupt entspricht.

Indessen wird sich die Richtigkeit dieser Behauptung und überhaupt die Natur und Wirkung des fingirten Geständnisses nur dann beurtheilen lassen, wenn man die einzelnen Fälle betrachtet, in welchen es vorkömmt, und zwar müssen zuerst diejenigen erwogen werden, welche sich nur im älteren Rechte finden, also für uns nur von historischem Interesse sind.

1) Eine ziemlich dunkle Anwendung des Begriffs des fingirten Geständnisses findet sich bei Gajus [14]) in einer mangelhaften, jedoch von Heffter [15]) wahrscheinlich mit Glück restituirten Stelle. Bei den restitutorischen und exhibitorischen Interdicten konnte nämlich der Beklagte einen Arbiter verlangen, und wenn er zur Restitution oder Exhibition condemnirt war und Folge leistete, so wurde er freigesprochen; gehorchte er nicht, so erfolgte nun die Condemnation zur Entrichtung des Geldwerthes. Bot er aber nicht einmal dem Kläger die Restitution oder Exhibition an, so wurde nach der Ansicht der Proculejaner angenommen, daß er seiner Schuld geständig sei, also dieses Geständniß fingirt, während jedoch Gajus berichtet, daß diese Meinung in der Praxis als eine verkehrte beseitigt sei, und sich nicht weiter über diese Fiction eines Geständnisses ausläßt. Die gewöhnliche confessio in jure darf man in keiner Hinsicht hierher beziehen, denn sie war ein ausdrückliches vor dem Prätor abgelegtes Geständniß und von einer Fiction ist dabei nicht die Rede [16]).

---

11) Wie aus der Glosse zu cap. 2 in VI. de confessis (2, 9) hervorgeht.

12) Cap. 2 in VI. cit.: „haberi debet super iis — pro confesso."

13) Kamm. Ger. Ordg. von 1555, Thl. IV. tit. X. §. 3—8, Dep.-Absch. v. 1600 §. 88, s. auch Richter l. c. p. 27.

14) Gaj. IV. §. 163.

15) Heffter Gaji Jcti institut. comm. III. p. LXII. p. 116, 117, s. auch Keller, der röm. Civilprozeß §. 67. a. E.

16) Savigny, System, Bd. VII. S. 6. ff. Keller §. 63.

2) Ferner kömmt ein fingirtes Geständniß bei den interrogationes in jure vor. Bei diesen, soviel wir aus den in den Quellen enthaltenen Anwendungen urtheilen können, die Passivlegitimation des Beklagten betreffenden Fragen des Klägers oder des Prätors[17]) an den Ersteren galt nämlich der Grundsatz, daß, wenn der Befragte entweder die Unwahrheit antwortete und späterhin dieser Lüge überführt wurde[18]), oder wenn er die Antwort ganz, auch nachdem ihm eine Bedenkzeit gestattet worden, verweigerte[19]), fingirt wurde, er habe die ihm nachtheiligste thatsächliche Antwort gegeben. Daß wir diese römischen interrogationes in jure heut zu Tage nicht mehr anwenden, wird wohl von Niemand bezweifelt[20]).

3) Ein weiterer Fall des fingirten Geständnisses findet bei dem gerichtlich zugeschobenen Eide, römisch jusjurandum necessarium genannt, im Gegensatz zu dem außergerichtlich geforderten Eide, jusjurandum voluntarium, statt. Auch hier wurde die Verweigerung der Eidesleistung als Geständniß der Wahrheit derjenigen Thatsache angesehen, deren Unwahrheit hätte beschworen werden sollen[21]); doch wird sich dieser Fall besser bei Betrachtung des heutigen Rechtes erörtern lassen.

4) Es wurde ferner aus dem für das Strafverfahren geltenden Grundsatze: intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur[22]), auch für die Civilrechtsstreitigkeiten des Fiscus mit dem eines Verbrechens Angeschuldigten, welche über die Confiscation des Vermögens oder einzelner Theile entstanden, die Regel abgeleitet, daß derjenige, welcher mit dem gegen ihn aufgetretenen Ankläger einen Vertrag abschloß und ihn dadurch zur Zurücknahme der Anzeige bewog, des Verbrechens für geständig erachtet werden sollte[23]).

17) Späterhin der Iudex, L. 1. §. 1 D. de interrogat. (11, 1).

18) L. 26 §. 3. D. de noxalib. actionib. (9, 4) L. 4 pr. L. 5. L. 11 §. 1, 2, 3, 7, 9. L. 17 D. de interrogat. (11, 1).

19) L. 11 cit. §. 4, 5, 7. Böhmer l. c. §. 7 ff. p. 79 ff.

20) Böhmer §. 9. p. 81, 82. Savigny a. a. O. S. 43, 2.

21) L. 34 §. 6 L. 38 de jurejurando (12, 2). Keller §. 64. Savigny a. a. O. S. 53 ff.

22) L. 5 D. de his qui notantur infamia (3, 2) L. 7 D. de praevaricat. (47, 15). L. 2 D. de bonis eorum (48, 21).

23) L. 4. L. 29 pr. de juribus fisci (49, 14).

Doch ist dieser Fall des fingirten Geständnisses offenbar als eine civilprozessualische Anomalie anzusehen, welche eben nur durch Herüberziehung jener criminalprozessualischen Regel entstand.

5) Besonders wichtig war nach canonischem Rechte dasjenige fingirte Geständniß, welches in Folge der Positionen angenommen wurde. Im canonischen Rechte erscheinen die Positionen, welche wahrscheinlich auf unrichtiger Ansicht über die römischen interrogationes beruhten, in einer sehr umfassenden Weise[24]), indem nach erfolgter genereller Litiscontestation der Kläger seinen thatsächlichen Klaggrund in dessen einzelne Bestandtheile zerlegen, diese in Form bestimmter Behauptungen, positiones, aufstellen, und von dem Beklagten eine bestimmte Antwort darüber fordern konnte, worauf dieser einen Calumnieneid über die Wahrheit der von ihm abzugebenden Antwort leisten und dann diese Antwort selbst ertheilen mußte. Dabei machte es keinen Unterschied, ob die Positionen verneinende oder bejahende Behauptungen enthielten[25]), und die Befragung des Beklagten erfolgte durch den Richter, der auch über die Zulässigkeit der einzelnen Fragen zu entscheiden hatte. In diesem Umfang, nach welchem die Positionen eigentlich die gesammte thatsächliche Grundlage für die Entscheidung bildeten, und von Beweisführung nur noch hinsichtlich der, nach Ansicht des Klägers mit Unrecht verneinten Positionen die Rede sein konnte, kommen sie noch in den älteren Reichsgesetzen vor[26]), woselbst es auch gestattet ward, die Positionen sogleich in der Gestalt von Klagartikeln vorzubringen, und dem Kläger gleichfalls ein Gefährdeeid (juramentum dandorum) auferlegt wurde. Dagegen beschränkte das neueste Reichsgesetz[27]), nachdem es die articulirte

---

24) S. darüber: cap. un. X. de litis contestat (2. 5.) cap. 54 §. 3 (partibus) X. de electione (1. 6) cap. 2 in VI. de confessis (2. 9) clem. 2. de verbor signific. (5. 11)

25) cap. 1 in VI. de confessis (2. 9).

26) R. A. v. 1500 („Ratificat. der Artikel des Kammergerichts") XIII. §. 3. 4. R. A. von 1507 („Ordnung der Termin.") I. §. 7 R. K. G. O. von 1523 tit. III. §. 3—6 R. K. G. O. von 1555 Thl. III. tit. 12 §. 8 tit. 13 §. 2. 3. 5. tit. 14 §. 2 tit. 15 §. 1. 4. 5. Schmid, Handb. des Civilprozesses Bd. II. §. 110, S. 98 ff.

27) J. R. A. von 1654. §. 41. 49 cf. c. § 34.

Klagform aufgehoben und dem Beklagten die specielle Einlassung auf die einzelnen thatsächlichen Behauptungen in der Klage vorgeschrieben hatte, die Positionen auf das Beweisverfahren, und erlaubte nur noch dem Producenten „Probatorialarticul" einzubringen, über welche der Product, nachdem beide Partheien das juramentum dandorum et respondendorum geleistet hatten, zu antworten schuldig war, und nun erst über die von ihm nicht eingeräumten Positionen die Beweisantretung erfolgte. Zwar wird diese Beschränkung des Gebrauchs der Positionen von Manchen bezweifelt [28], allein mit Unrecht, indem die Worte des Reichsgesetzes:

„so wird der Gebrauch solcher Articul und Antwortungen „doch nicht, wie bißhero ohne Unterscheid, sondern allein „auf die aus dem Klaglibello gezogenen Probatorialarticul — den Partheyen, so es begehren werden „vorbehalten" —

und

„etliche kurze Probatorialarticul — aus der Substanz des „Klaglibells oder respective Exceptions-Schrifft „zu ziehen"

deutlich zeigen, daß die Klage und die Einredeschrift keine Positionen mehr enthalten und keine solche unmittelbar daraus abgeleitet werden durften, sondern daß nur der Stoff zu denselben aus der Klage nnd Antwort entnommen wurde und daß sie nur noch als Einleitung zum Beweisverfahren vorkommen konnten. Es wird nun für diese Positionen vorgeschrieben, daß wenn der Richter sie zulässig befunden hat, der Ponat darauf antworten muß, und wenn er sich dessen weigert oder in der dazu anberaumten Frist seiner Pflicht nicht nachkömmt, sein Eingeständniß der in den nicht beantworteten Positionen behaupteten Thatsachen angenommen werden soll — haberi debebit pro confesso [29] — sodaß hier der Charakter des fingirten Geständnisses, als einer Strafe des pro-

---

28) Schmid a. a. O. S. 401. Note 19. Osterloh, Lehrbuch des ordentl. Civilprozesses, § 123. Zuweit geht Deurer im Archiv f. d. civil. Praxis, Bd. XXV. S. 207, der schon in dem angef. J. R. A. die gänzliche Abschaffung aller Positionen findet, s. Böhmer l. c. §. 11.

29) Cap. 2. X. de confess. cit.

zessualischen Ungehorsams recht klar hervortritt. Dieses ganze Institut der Positionen muß übrigens, ungeachtet die Lehrbücher es als Bestandtheil des heutigen Civilprozeßrechts anführen [30], dennoch für antiquirt angesehen werden, indem es schon früher im sächsischen und hannöverschen Prozeßrechte nicht vorkam, und wegen der Collision der von dem Ponenten, wie von dem Ponaten zu leistenden Gefährdeeide mit der nachfolgenden Beweisführung, in welcher sogar die Zuschiebung des Schiedseides in gewöhnlicher Weise gestattet war, mit Recht als durchaus verwerflich erkannt wurde [31]. So ist es gekommen, daß wenigstens seit Anfang des gegenwärtigen Jahrhunderts die Positionen in den deutschen Gerichten verschwunden sind, und bezweifelt werden muß, ob noch ein lebender Practiker sich ihrer Anwendung zu erinnern weiß. Eine solche wahre desuetudo, zumal wenn sie auf so gutem Grunde beruht, ist aber ebenso gut eine processualische Rechtsquelle, wie das Gesetz.

Weit zahlreicher und characteristischer sind die Fälle des fingirten Geständnisses im geltenden gemeinen Civilproceßrechte, und sie bilden einen wichtigen Theil unserer Betrachtung.

Hierher gehört vor Allem:

1) der Ungehorsam des Beklagten in Ansehung der ihm durch Decret gehörig anbefohlenen Einlassung auf die Klage im ordentlichen Proceß. Zwar kann nach gemeinem Recht aus diesem Ungehorsam bekanntlich kein fingirtes Zugeständniß des thatsächlichen Klaggrundes abgeleitet werden, wie jetzt wohl allgemein anerkannt ist, und daher nicht weiter erörtert werden soll. Allein die meisten Landesproceßrechte neigen sich zu der gegentheiligen Ansicht, so daß sie praktisch in Deutschland dennoch die herrschende geworden ist; und in Zusammenhang mit der neueren Richtung auf möglichste Beschleunigung des Prozeßganges, zufolge deren auch meistens die richterlichen Fristen zu wahren

30) Schmid und Osterloh aa. aa. OO. Linde, Lehrbuch §. 221. Martin Lehrbuch § 318 u. f. w.

31) Claproth, Einleit. in den ordentl. bürgerl. Prozeß §. 221. a. C. Böhmer, l. c. §. 11. Deurer a. a. O. Doch ist Böhmer hierüber schwankend.

Fatalien geworden sind, wird fast überall aus dem Ungehorsam des Beklagten, der sich innerhalb der dazu gesetzten Frist gar nicht oder nicht gehörig auf die Klage eingelassen hat, das fingirte Eingeständniß derselben abgeleitet. Ueber die Erfordernisse, welche zum Vorhandensein dieses Ungehorsams nöthig sind, soll nicht weiter gesprochen werden. Zu bemerken ist nur, daß es keinen Unterschied macht, ob Beklagter innerhalb der Frist sich nicht vernehmen läßt, oder ob er zwar eine Eingabe bei Gericht einreicht, in derselben aber die Einlassung unterläßt, oder endlich, ob er sich zwar einläßt, aber einzelne Punkte des thatsächlichen Klaginhaltes gar nicht oder nicht gehörig beantwortet[32]; in allen diesen Fällen tritt die Fiction des Eingeständnisses der Klage in dem gleichen Umfang ein, in welchem Beklagter ungehorsam gewesen ist.

Dieser Grundsatz findet sich zuerst in dem gemeinen sächsischen Proceßrechte[33], obwohl nicht bestimmt ausgesprochen, ist aber nachher in allen sächsischen Prozeßordnungen und neueren Prozeßgesetzen (jedoch hier und da mit einigen Modificationen) auf das Entschiedenste aufgestellt worden[34]. Er ist auch in die meisten außersächsischen neueren Landesprozeßordnungen übergangen, und findet sich namentlich im preußischen[35], badischen[36])

32) Böhmer, l. c. §. 18 ff. Das Reichskammergericht machte allerdings den im Texte erwähnten Unterschied und nahm, wenn der Beklagte gar nicht erschien, die Fiction der Abläugnung der Klage, wenn er aber erschien und nicht gehörig antwortete, die Fiction des Eingeständnisses an. Schmelzer, Contumacialprozeß S. 119 ff.

33) Constit. elector. Saxonic. v. 1572. P. I. const. 10.

34) Alte sächs. Prozeßordn. t. XVI. §. 1. Ernest. Prozeßordn. P. I. cap. 2. §. 5. cap. 4. §. 2. cap. 8. §. 2. Rudolst. Prozeßord. P. II. tit. IX. §. 4. Eisenach. Prozeßordn. t. VII. §. 4. Erläuterte sächs. Prozeßordn. ad tit. XVI. §. 1. tit. IV. §. 1. 2. Altenburg. Prozeßord. P. I. c. XIV. §. 2. Gothaische Prozeßordn. P. I. c. I. §. 1. 2 c. VII. §. 2. Schwarzb. Patent zur Publikation der Oberappellat.-Gerichtsordn. vom 8. Sept. 1817 §. 5. Weimar. Gesetz vom 12. April 1833, §. 14. 32. Sondershaus. Gesetz v. 20. Febr. 1834, §. 33. 34. Altenburg. Gesetz vom 14. Oct. 1852, § 5.

35) Allgem. Gerichtsordn. Einleit. §. 14. Tit. 8. §. 9. ff. Tit. 9. §. 44. Tit. 14. §. 52. Gesetz vom 21. Juli 1846, §. 4. Verordn. vom 9. Febr. 1849, §. 27. 4 §. 29.

36) Prozeßordn. für Baden von 1851, §. 273, 301, 323. 1.

hannöverschen[37]), braunschweigischen[38]) und frankfurtischen[39]) Rechte, während er nur in wenigen Proceßrechten, z. B. in dem bayrischen[40]) nicht aufgenommen, sondern hier der Grundsatz des gemeinen Rechtes, daß der Ungehorsam hinsichtlich der Einlassung die Fiction der geschehenen Verneinung der Klage nach sich ziehen soll, bestätigt worden ist. In den erstgenannten Prozeßrechten ist dieser Fall des fingirten Geständnisses, wie natürlich, der am häufigsten vorkommende und deßhalb bei weitem der wichtigste.

2) Hieran schließt sich ein anderer, eng mit dem vorigen zusammenhängender Fall, in welchem man auch für das gemeine Civilproceßrecht das fingirte Eingeständniß der Klage gerechtfertigt finden will. Es kömmt nämlich bekannter Maaßen oft vor, daß der Beklagte sich zwar innerhalb der Frist auf die Klage einläßt, allein dabei einzelne Punkte derselben mit Stillschweigen übergeht, oder seine Antwort so unbestimmt, dunkel oder verworren giebt, daß man deren wahren Sinn nicht entnehmen kann. Hier unterliegt es keinem Bedenken und ist in einem ganz analogen Falle sogar im canonischen Rechte ausdrücklich vorgeschrieben[41]) daß der Richter dem Beklagten eine bessere Einlassung über diese, im Decret speciell zu bezeichnenden Punkte, und zwar binnen einer anberaumten Frist auferlegt. Allein wenn Beklagter auch diesem Befehl innerhalb der Frist nicht nachkömmt, so wollen Manche nach Vorgang des Reichskammergerichts, s. Note 32), zur Strafe seines Ungehorsams alsdann das Eingeständniß der fraglichen einzelnen Klagbehauptungen fingiren und lassen daher diese poena confessi in dem vorausgehenden Decrete drohen[42]). Dies kann jedoch nicht gebilligt werden. Von den dafür angeführten

---

37) Allgem. bürgerl. Prozeßordn. v. 1850, § 155, 201, 211, 474, 475.

38) Civilprozeßordn. von 1850, §. 71—73, 113.

39) Verordnung vom 30. Dec. 1819, §. 34—36.

40) Cod. judic. Bavar. c. 6 §. 16, 1., s. überhaupt noch Mittermaier, Beiträge, St. II., S. 120. ff.

41) Cap. 70 i. f. X. de appellationibus (2, 28).

42) Gensler in diesem Archiv I., S. 48. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung, Ausg. von Heffter IV. §. 19, S. 78, 79. Martin, Lehrbuch §. 162 II.

Rechtsquellen[43]) spricht nämlich die römische lediglich von den interrogationes in jure und kann daher unmöglich auf unsere heutige Pflicht der speciellen Einlassung bezogen werden; das Reichsgesetz aber, welches schon erörtert worden, handelt nur von den Positionen, und gehört folglich auch nicht hierher. Es muß vielmehr der vorher unter 1) erwähnte allgemeine Grundsatz des gemeinen Rechtes, daß aus der ungehorsam unterbliebenen Einlassung nur die Fiction der Verneinung der Klage hervorgehen soll, auch in diesem Fall angewendet werden, indem kein Gesetz für denselben eine Ausnahme macht, und sich in der That kein Grund einsehen läßt, weshalb der blos theilweise Ungehorsam des Beklagten, der sich im Uebrigen auf die Klage einließ, härter bestraft werden sollte, als der absolute, wenn er sich gar nicht eingelassen hat[44]). Es scheint aber beinahe, als ob man nur durch Verwechselung dieses Falles und des die bessere Einlassung auferlegenden Decretes, mit dem richterlichen Fragerechte — s. nachher 5) — zu der hier widerlegten willkührlichen Annahme gekommen wäre; denn die von Gensler aufgestellte Behauptung, daß man nach „dem Geiste der Gesetze" hier das Eingeständniß fingiren müsse, ermangelt aller Begründung. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß, wo die Theorie des sächsischen Prozeßrechtes über die Wirkung des Ungehorsams des Beklagten hinsichtlich der Einlassung gilt, dieser Fall nicht besonders beurtheilt werden darf, sondern unter die allgemeine Nothwendigkeit der poena confessi fällt.

3) Die nämliche Frage muß für die verschiedenen Arten des summarischen Processes erörtert werden. Zwar kann sie im unbedingten Mandatsprozesse, in welchem überhaupt von dem Impetraten keine Einlassung gefordert wird, nicht vorkommen, und ebensowenig im Arrestprozesse, in welchem der Impetrat lediglich im Rechtfertigungstermin die vorgebrachte Arresturſache und deren Bescheinigung anzugreifen, nicht aber sich

---

43) L. 11 §. 4, 5, 7. D, de interrogationibus (11, 1) J. R. A. von 1654, §. 41 a. E.

44) So auch Böhmer l. c. §. 27. Linde, Abhandl. I., S. 39. ff. Bayer, Vorträge über d. ordentl. Civilprozeß, §. 212, S. 662.

auf unbescheinigte Behauptungen der Arrestklage einzulassen hat, und folglich in dieser Beziehung keinen Ungehorsam begehen kann. Dagegen muß sie im bedingten Mandatsprozesse aufgeworfen werden. Denn hier wird die Klage dem Impetraten mitgetheilt und ihm aufgegeben, binnen anberaumter Frist entweder den Impetranten zu befriedigen oder Einreden (causales) gegen die Klage vorzubringen; und wenn er beides unterläßt, so wird auf Anrufen des Impetranten ein unbedingtes Mandat erlassen. Hierin liegt also die Ausschließung aller Einreden von Seiten des Impetraten. Unstreitig muß man aber unter den ihm gestatteten „Exceptiones und Einrede" [45]) auch das Abläugnen des thatsächlichen Klaggrundes verstehen, welches dem Impetraten freisteht, weil die bedingte Mandatsklage regelmäßig, obwohl eigentlich mit Unrecht, ohne sofortige Bescheinigung erhoben wird [46]). Es folgt daraus mit Nothwendigkeit, daß, wenn der Impetrat diese Abläugnung, also eine specielle Einlassung auf den thatsächlichen Inhalt der Klage unterläßt, er der Klage für geständig fingirt werden muß, was eben zur Folge hat, daß er nunmehr auf neues Anrufen des Impetranten in der Form des unbedingten Mandats verurtheilt wird; hat er außerdem Einreden vorgeschützt, so setzt dies natürlich voraus, daß das Gericht sie für unbegründet erachtet. Dies war auch die Ansicht des Reichskammergerichts [47]), die in mehrfachen Urtheilen ausgesprochen worden ist, und sie muß daher nach bekannter Vorschrift der Reichsgesetze [48]) für eine processualische Norm angesehen werden. Im Executivproceß kann diese Frage nicht vorkommen, weil er keine Einlassung auf die Klage kennt; und im unbestimmt summarischen Proceß ist kein Grund zu finden, weshalb man von dem allgemeinen Grundsatze des gemeinen Rechtes abweichen sollte, da diese Proceßart sich durchgängig dem ordentlichen Processe anschließt, und namentlich die Gleichstellung der Einlassung des Beklagten im un=

45) J. R. A. von 1654, §. 81.

46) Claproth, Einleit. in d. summar. Proc. §. 151. Bayer, summ. Prozeß §. 18, 5). Mittermaier, Beiträge St. IV., S. 221.

47) Schmelzer, S. 132. ff., 374. ff.

48) J. R. A. §. 137.

bestimmt summarischen Verfahren mit der Einlassung im ordentlichen Verfahren aus den Reichsgesetzen nicht undeutlich hervorgeht[49]). Aus dieser Ursache muß auch für den Provocationsproceß in seinen beiden Arten das Gleiche angenommen werden, wobei zu bemerken ist, daß die Provocationsklagen nicht, wie die Lehrbücher[50]) häufig anführen, ein bedingtes Mandat an den Beklagten zur Folge haben, oder dies wenigstens nur selten der Fall sein wird, sondern daß in denselben, wie im unbestimmten summarischen Prozesse, eine gewöhnliche Ladung an den Beklagten ergeht, welche ihm die Provocationsklage mittheilt und deren Beantwortung, unter Androhung des Ausschlusses seiner Einreden und der Fiction der verneinenden Einlassung, anbefiehlt. Da gemeinrechtlich für das Verfahren in Provocationssachen nur die bekannte Vorschrift vorkömmt[51]), daß bei einer Provocation ex l. Diffamari sofort mit der Klage die Diffamation selbst durch Urkunden oder andere Beweismittel bescheinigt sein soll, so ist hierin allerdings dem Richter größere Freiheit verstattet. Wo der Ungehorsam des Beklagten in der Einlassung im ordentlichen Processe landesrechtlich die Fiction des Eingeständnisses der Klage nach sich zieht, fällt ohnehin auch für den unbestimmten summarischen Proceß alles Bedenken hinweg, und gilt dann die gleiche Fiction auch bei dem letzteren[52]). Nur in Ehescheidungsstreitigkeiten, wo sie in beschleunigtem Verfahren verhandelt werden[53]), erscheint jedenfalls bei Unterlassung der Einlassung durch den Beklagten die Fiction des Zugeständnisses der Klage doch allzu bedenklich, weil dadurch die größte Leichtfertigkeit bei den Ehescheidungen begünstigt werden würde, und ohnehin selbst das ausdrückliche Geständniß in Ehescheidungssachen nach der richtigen, durch die canonischen Rechtsquellen klar ausgesprochenen Ansicht für sich allein noch

---

49) R. A. von 1570, §. 90. R. A. von 1594, §. 63.

50) So z. B. Danz, summar. Proceß, §. 25. Martin, Lehrbuch §. 255, Note m), §. 256. Richtig ist Bayer, summar. Proceß, §. 57.

51) J. R. A. von 1654, §. 83.

52) Böhmer, l. c. §. 29.

53) Gegen die Vorschrift der clem. 2 de judiciis (2, 1) geschieht dies allerdings mitunter.

nicht genügend die Existenz und Beschaffenheit der Scheidungsursache beweisen kann, sondern noch durch andere Umstände unterstützt sein soll, wofür Alexander III. den gewiß sehr würdigen Grund anführt: nolentes igitur matrimonia canonice contracta levitate quadam dissolvi; man läßt daher hier die Fiction des Eingeständnisses gewöhnlich nicht eintreten[54]). Am bedenklichsten endlich ist unsere Frage bei dem possessorium summariissimum. Wird dieser Streit, weil Implorant seine Klage wegen Störung des jüngsten Besitzes bereits genügend bescheinigt hat, im Wege des unbedingten Mandatsprocesses verhandelt, d. h. ist die Bescheinigung dessen Erfordernissen entsprechend, dann kann freilich überhaupt von Einlassung keine Rede mehr sein, sondern das Manutenenzdecret wird sofort auf die Klage erlassen. Dies wird jedoch bei der großen Schwierigkeit einer sofortigen Bescheinigung nur sehr selten möglich sein, und es erfolgt daher in den meisten Fällen die Verhandlung im Wege des unbestimmt summarischen Verfahrens[55]). Für diesen Fall findet sich nun zwar keine directe gesetzliche Vorschrift, allein das Gebot an das Reichskammergericht, bei zu besorgender Gewaltthätigkeit zuerst die Sequestration des streitigen Gegenstandes oder ein Provisorium wegen des Quasibesitzes zu verfügen:

„und alsbald darauf summarie ohne einigen gerichtlichen Pro-
„ceß oder andere weitläuftige Ausführung der Sachen zu er-
„kennen“[56]) —

zeigt ohne Zweifel, daß jede Weiterung in der processualischen Verhandlung dieses jüngsten Besitzstreites unbedingt vermieden werden soll, und daraus ist unstreitig die Befugniß des Richters, den Imploraten zur Einlassung bei Strafe des fingirten Eingeständnisses, zu laden, als eine durchaus gebotene Consequenz abzuleiten[57]). Daß dies auch der Gerichtsgebrauch des Reichskam-

---

54) Cap. 7 X. de sentent. (2, 27), cap. 5 X. de eo qui cognovit. (4, 13). Schwankend ist Böhmer, l. c. §. 14, s. die richtige Ansicht aber besonders bei Strippelmann, das Ehescheidungsrecht §. 38, S. 231, §. 53, S. 272 ff.

55) Schmid, Handbuch, Th. II., §. 193, S. 91, 92.

56) R. K. G. O. von 1555, Th. II., tit. 21, §. 3.

57) Die Meisten erwähnen diese Frage gar nicht bei Behandlung des

mergerichts gewesen ist, läßt sich aus dem die mitgetheilten Worte wiederholenden Concept der K. G. O.[58]) schließen, obwohl andere bestimmte Zeugnisse darüber fehlen.

4) Die gleiche Frage kömmt ferner in allen drei so eben erörterten Beziehungen hinsichtlich des Ungehorsams des Klägers im Repliciren, und des Beklagten im Dupliciren vor. Auch hier fehlte es sogar im Reichskammergerichte in früherer Zeit nicht an Vertheidigern der Ansicht, daß in diesem Falle das Eingeständniß der in der vorhergehenden Partheischrift behaupteten Thatsachen zu fingiren sei, allein die gegentheilige Ansicht siegte endlich doch[59]), und es wurde nur die Ausschließung mit dem versäumten Repliken oder Dupliken als Folge des Ungehorsams verfügt[60]).

5) Dagegen muß in einem anderen, freilich vielfach bestrittenen Falle, die Fiction des Geständnisses als Strafe des Ungehorsams behauptet werden, nämlich bei dem Fragerechte des Richters. Wenn wir nämlich auch die interrogationes in jure nicht mehr in der römischen Form anwenden können, in welcher sie noch im Justinianischen Rechte vorkommen, und unser Gerichtsgebrauch eine entschieden desuetudo derselben bewirkt hat, so muß doch ebenso entschieden behauptet werden, daß dem Richter die Befugniß zusteht, jeder Parthei Fragen zu stellen und zwar in Form eines Decretes, welches der Parthei die Frage bestimmt vorlegt und die Antwort darauf anbefiehlt. Das canonische Recht stellt nämlich für den ordentlichen Proceß den Grundsatz auf:

> cum judex, qui usque ad prolationem sententiae debet universa rimari, possit interrogare de facto, quotiens dubitationis aliquid occurrit[61]) —

und diese Worte geben unstreitig auch den Umfang dieses Frage-

---

possess. summar. Richtig entscheiden Claproth a. a. O., §. 40b. Danz a. a. O., §. 63, 3.

58) Concept der R. K. G. O., Th. II., tit. 21, §. 4.

59) Schmelzer, a. a. O., S. 143.

60) J. R. A. von 1654, §. 57.

61) Cap. 10 X. de fide instrumentor. (2, 22). Diese Decretale gründet sich wesentlich auf can. 10. Csa. 30, qu. 5, und ist eigentlich nur deren weitere Ausführung.

rechtes an, während die für den summarischen Proceß dem Richter ebenfalls ertheilte Befugniß zur Befragung der Partheien [62]) unbestimmter, und eigentlich gänzlich seinem billigen Ermessen der Umstände (ex officio ubicunque hoc aequitas suadebit) anheimgegeben ist. Innocenz III. erzählt nämlich in der erstgedachten, im J. 1208 ergangenen Decretale sehr ausführlich einen vor dem Stadtgerichte in Viterbo verhandelten Rechtsstreit, in welchem das Beweisverfahren, namentlich die Vernehmung von Zeugen stattgefunden hatte und Urkunden producirt worden waren, auch die Verhandlung der Partheien über das Resultat der Beweisführung, also dasjenige erfolgt war, was wir jetzt das Hauptverfahren nennen. Allein der Beweis war über einen wichtigen Punkt ungenügend und sich widersprechend geblieben, und nun wird sogar nach Schluß des Streitverfahrens zwischen den Partheien (postquam a partibus exstitit in caussa conclusum) dem Richter die Befugniß zur Stellung von Fragen zugesprochen, jedoch nur insoweit ihm selbst noch ein Zweifel über einen Punkt geblieben sei, dessen Aufklärung zur Urtheilsfällung nothwendig scheine. Man sieht, daß hier weder von der römischen, stets der Klagerhebung vorangehenden interrogatio in jure, noch von Positionen die Rede ist. Aber zugleich ergibt sich, daß der Richter nicht etwa neue Thatumstände von den Partheien durch Fragen erfahren darf, welche diese im Laufe der Verhandlungen gar nicht vorgetragen haben, was ohnehin mit der unserem Prozeßrecht überall zu Grunde liegenden Verhandlungsmaxime unvereinbar sein würde. Vielmehr soll der Richter nur über solche thatsächliche Verhältnisse, welche die Partheien zwar angeführt haben, welche ihm aber dunkel oder zweifelhaft geblieben sind, Fragen an sie stellen dürfen. Dies kömmt nun in unserer heutigen Praxis nicht so selten vor; eine Parthei erwähnt z. B. eine dem Gegner bekannte Thatsache, dieser hat, weil er sie eben genau kennt, gegen die an sich mangelhafte und unklare Art des Vortrags nichts einzuwenden, der Richter aber versteht ihn nicht und bedarf doch des Verständnisses über diesen Punkt nothwendig, um das Urtheil fällen zu können. Hier

62) Clem. 2 de verbor. signific. (5, 11).

bleibt ihm in der That nichts übrig, als sich diese unentbehrliche Aufklärung durch Fragen an die eine oder andere Parthei, in der Regel an diejenige, welche den unklaren Vortrag gehalten hat, zu verschaffen, was der Richter, wie bemerkt, in Form eines Decretes thut.[63]) Beantwortet aber die befragte Parthei innerhalb der dazu anberaumten Frist die Frage nicht, so bleibt wieder nichts anderes übrig, als zu fingiren, daß sie die ihr nachtheiligste Beantwortung vorgenommen habe, d. h. das Eingeständniß der ihr nachtheiligen Thatsache anzunehmen, weil zunächst die gesetzliche Vorschrift von der im Falle des Ungehorsams zu fingirenden verneinenden Einlassung auf die Klage hierher überhaupt nicht paßt, und weil der Ungehorsam gegen einen derartigen gerichtlichen Befehl in der That allzu strafwürdig und allzu störend für den gehörigen Verlauf des Rechtsstreites ist, als daß nicht diese härteste Strafe verhängt werden sollte, welche, wie sich von selbst versteht, vorher in dem Decrete als Präjudiz angedroht worden sein muß[64]). Daß dies auch die Ansicht Innocenz III. war, geht aus der Zusammenstellung des ausgeübten richterlichen Fragerechts mit der confessio in jure hervor, und da der jüngste Reichsabschied[65]) das richterliche Fragerecht ganz unbeschränkt und namentlich in allen Stadien des Verfahrens gestattet, indem er sagt:

„wie dann auch dem Richter das Arbitrium auf ein oder den „andern, oder auf allen Punkten, die Antworten in jedem „Theil des Gerichts zu erfordern, frei und unbenommen bleibt"

dies aber bei Gelegenheit der Positionen verfügt, bei welchen der Ungehorsam des Ponaten stets die Fiction des Geständnisses nach sich zog, so kann dieser, unter Umständen sehr wichtige Fall des fingirten Eingeständnisses nicht in Zweifel gezogen werden. Die neueren Landesprozeßordnungen geben auch durchgängig dem Richter die Fragebefugniß in dem hier bestimmten Sinne, und drohen

---

63) Mittermaier, Beiträge St. I., S. 76—78. Linde in der Zeitschrift f. Civilrecht und Prozeß, Bd. XIX., S. 139. Deurer im Archiv f. d. civilist. Praxis, Bd. XXV., S. 207, 208.

64) Brackenhöft im Archiv, Bd. XX., S. 400.

65) J. R. A. von 1654, §. 41 a. E.

der befragten Parthei für ihren Ungehorsam im Antworten die Strafe des fingirten Geständnisses[66].

6) Auch bei dem Urkundenbeweise, jedoch nur wenn er durch Privaturkunden des Producten selbst oder solcher Personen, für welche er rechtlich zu haften verbunden ist, geführt wird, kömmt das fingirte Geständniß als Ungehorsamsstrafe vor, bei Urkunden dritter Personen natürlich nur da, wo das Landesrecht deren Gebrauch gestattet und dem Producten die Erklärung darüber befiehlt, was gemeinrechtlich nicht vorgeschrieben ist[67]. Hier wird, wenn der Beweis durch die Privaturkunde gehörig angetreten ist und sie selbst die genügende Beschaffenheit hat, im heutigen Rechte ganz allgemein dem Producten durch Decret auferlegt, im Productionstermin (oder binnen einer dazu anberaumten Frist) sich über die Aechtheit der producirten Urkunde zu erklären, also sie entweder anzuerkennen oder abzuläugnen und sich zur eidlichen Diffession zu erbieten, unter der Drohung, daß im Ungehorsamsfalle die Urkunde für anerkannt geachtet werden würde. Allerdings scheint diese poena fictae recognitionis im früheren Rechte nicht üblich gewesen zu sein, wie z. B. Georg v. Rotschitz[68] sie nicht kennt und Chilian König[69], bei mangelndem ausdrücklichem Eingeständniß der Aechtheit durch den Producten, nur den Beweis derselben durch die Instrumentszeugen oder andere, bei Errichtung der Urkunde anwesende Personen anführt. Allein der jüngste Reichsabschied[70] befiehlt dem Producten, daß er:

„in puncto recognitionis auf des Klägers Erfordern sich der „Gebühr recognoscendo vel diffitendo unter gewöhnlichem „Präjudiz und Straff des Procurators vernehmen lasse" —

und dieses „gewöhnliche Präjudiz", welches sich nicht etwa auch

---

66) Badische Proceßordn. §. 297—302. Hannöversche Proceßordn. §. 111. Braunschweig. Proceßordn. §. 73.

67) Bayer, a. a. O. §. 252. S. 838, 839. Auf den Beweis durch öffentliche Urkunden ist Obiges nicht anwendbar; falls der Product gegen sie keine Einwendungen vorbringt, so hat er eben darauf verzichtet.

68) Processus Juris deutsch, 1530, Art. 32 fol. 45.

69) Processus und Praktica der Gerichtsleuffte, 1542, Cap. 47, fol. 215.

70) R. A. v. 1654 §. 39 a. E. Böhmer §. 29.

auf den Procurator bezieht, sondern dem Producten selbst gesetzt ist, war das, wahrscheinlich aus dem sächsischen Rechte herübergekommene der fingirten Anerkennung der Urkunde zur Strafe des Ungehorsams. Zwar ist auch hierüber das Reichskammergericht nicht allezeit der gleichen Ansicht gewesen[71]). Es hat früher dem Producten die Ungehorsamsstrafe der fingirten Anerkennung gedroht, und sie gegen ihn auch wirklich angewendet; später wurde mitunter bei Ungehorsam des Producten dem Producenten aufgegeben, die Aechtheit der Urkunde zu beweisen, also dieselbe für geläugnet fingirt; zuletzt aber wurden die Urkunden für anerkannt und ächt fingirt und nur, wie sich von selbst verstand, dem Producten seine Einreden dagegen vorbehalten, welche sich jedoch nicht mehr auf die Aechtheit, sondern nur auf die Beweiskraft und den Inhalt der Urkunde beziehen konnten. Diese letztere Ansicht ist, wie gesagt, heut zu Tage allgemein angenommen, und es braucht nicht ausführlich erörtert zu werden, daß die Ungehorsamsstrafe der fingirten Anerkennung der Urkunde nur eine Fiction des Geständnisses ihrer Aechtheit in sich schließt.

7) Ebenso wichtig ist die Fiction des Eingeständnisses bei dem Beweise durch Eid. Sie kömmt hier einmal bei dem deferirten Eide vor, und auch hier in doppelter Beziehung. Zunächst muß sich der Delat über die an ihn geschehene Zuschiebung des freiwilligen Haupteides erklären, ob er ihn annehmen oder zurückschieben oder sein Gewissen mit Beweis vertreten wolle. Erklärt er sich gar nicht darüber, nachdem ihm der Richter die Beweisantretung durch Eideszuschiebung mittelst Decretes mitgetheilt und ihm die Erklärung unter Androhung der Strafe des fingirten Geständnisses der durch den Eid zu beweisenden Thatsache binnen anberaumter Frist aufgegeben hat, so wird er der Thatsache für geständig erachtet[72]). Es tritt aber auch die

71) Neurode, pragmat. Erläuterung des jüngst. Reichsabschiedes, zu §. 39, Anm. 107, S. 190. Schmelzer, S. 146, 147 cf. c. S. 11.

72) L. 38. D. de jurejurando (12, 2). Savigny System Bd. VII. S. 72, 73, S. 80, 81. Mit Unrecht will hier Bayer S. 718 nicht ein fingirtes Geständniß, sondern nur eine praesumtio juris et de jure annehmen, während man über diese Strafe sonst ganz einig ist.

gleiche Strafe ein, nachdem der Delat den zugeschobenen Eid angenommen hat, und ihm dessen Ableistung in einer Tagefahrt unter Androhung der Strafe des fingirten Geständnisses aufgegeben worden ist, er jedoch entweder im Termin unentschuldigt ausbleibt, oder zwar erscheint, aber die Ableistung des Eides verweigert[73]; das Gleiche gilt analog auch bei geschehener Relation des Eides, wenn der Deferent dessen Ausschwörung unterläßt. Sodann muß die nämliche Ungehorsamsstrafe bei Verweigerung eines richterlichen Eides angenommen werden, mag es der Erfüllungseid oder der Reinigungseid sein. Zwar läßt sich keine gesetzliche Vorschrift für diese Fiction auffinden, indem überhaupt der richterliche Eid erst in dem deutschen Gerichtsgebrauch seine Ausbildung erlangt hat[74], allein sie ist in den Gerichten entschieden allgemein angenommen, und in der That nicht zu entbehren.

8) Auch in dem, der Execution des rechtskräftigen condemnatorischen Urtheils oft noch vorhergehenden Liquidationsverfahren kömmt das fingirte Geständniß als Ungehorsamsstrafe vor. Bekanntlich findet dieses Verfahren statt, wenn der Beklagte zur Entrichtung von Zinsen oder Kosten verurtheilt ist, der siegreiche Kläger dieselben in seinem Executionsantrage berechnet und diese Berechnung auf einen oder den andern noch ungewissen Punkt gestützt ist, sowie, wenn der Beklagte im Urtheil nur im Allgemeinen zur Entschädigung des Klägers verurtheilt, die Größe der Entschädigungssumme aber, weil der Kläger selbst sie im Verfahren noch nicht benannt hatte, dabei nicht ausgesprochen worden ist, und er jetzt erst seinen Schaden genau angiebt und die als Entschädigung zu entrichtende Summe benennt; namentlich das Letzte ist sehr häufig[75]. In beiden Fällen wird die vom Kläger

73) L. 34. §. 6, 9. D. eod. L. 21. §. 2. D. de noxalibus actionib. (9, 4). L. 9. L. 12. §. 2. Cod. de rebus credit. (4, 1). Strippelmann, der Gerichtseid, Thl. II. §. 67, S. 320 ff.

74) Savigny a. a. O. S. 82, 83. Bayer, S. 914.

75) Die noch hierher bezogenen Fälle, wenn der Beklagte zur Herausgabe eines Nachlasses nach Inventar oder eidlich zu bestärkender Specification verurtheilt ist, und wenn er von einer geführten Verwaltung Rechnung ab-

zugleich mit dem Hülfsgesuch aufgestellte Berechnung dem Beklagten zur Erklärung darüber durch ein Decret mitgetheilt, welches ihm für den Fall des Ungehorsams die Strafe des fingirten Eingeständnisses der Richtigkeit der Berechnung (liquidi constitutio) androht; und wenn er binnen der anberaumten Frist sich nicht erklärt, so wird auf weiteres Anrufen des Klägers die Fiction des Zugeständnisses (poena agniti) ausgesprochen [76]), worauf dann zur wirklichen Execution geschritten werden kann. Zwar läßt sich keine specielle gesetzliche Vorschrift für diesen Fall des fingirten Geständnisses als Ungehorsamsstrafe nachweisen, aber das reichsgesetzliche Gebot, die Liquidation des dem Kläger zuerkannten Anspruches und die Execution ohne alle Weiterungen und mit möglichster Beschleunigung vorzunehmen, bringt dies nothwendig mit sich [77]); auffallend ist, daß die Literatur des Proceßrechtes diesen Punkt fast gar nicht berührt.

Außer diesen im heutigen Rechte vorkommenden Fällen des fingirten Geständnisses hat man mitunter auch noch die Regel hierher beziehen wollen: qui tacet, consentire videtur [78]). Allein abgesehen davon, daß dieser angebliche Grundsatz so allgemein gar nicht existirt und daß man im Gegentheil aus dem Schweigen der einen Parthei auf eine Frage oder Erklärung der anderen Parthei, mag sie in oder außer dem Rechtsstreit vorkommen, keineswegs berechtigt ist auf ihre Einwilligung oder Zugeständniß zu schließen, und dies vielmehr nur dann thun darf, wenn die nicht antwortende Parthei aus individuellen Gründen zur Antwort verpflichtet gewesen wäre, ihr Schweigen also ein Unrecht ist, so liegt in demselben eben nur einfach ein stillschweigendes, aber durchaus kein fingirtes Geständniß [79]), indem aus der

---

zulegen condemnirt wurde, gehören nicht hierher. In beiden entsteht nach Herausgabe des Inventars oder Stellung der Rechnung ein neuer selbstständiger Rechtsstreit darüber, der im Rechnungsproceß zu verhandeln ist.

76) Oelze, Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 335, 2. Schmelzer, S. 11.

77) Dep. Absch. von 1600, §. 136, 137; J. R. A. §. 159, 160.

78) C. 43 in VI. de regul juris (5, 13).

79) C. 44 in VI. eod. L. 8 §. 1. D. de procuratoribus (3, 3). L.

negativen Handlung des Schweigens nur der Schluß auf den, auf die Einwilligung gerichteten und wirklich vorhandenen Willen gemacht wird; natürlich entscheiden darüber nur die besonderen Umstände des concreten Falles. Processualisch kann die Regel entschieden nicht für allgemein wahr angesehen werden; doch gehört das Nähere darüber nicht hierher. Die überaus große practische Wichtigkeit des fingirten Geständnisses im ganzen Gebiete des Civilproceßrechts ergiebt sich übrigens wohl sattsam aus den hier betrachteten Fällen seines heutigen Vorkommens[80]), welche übrigens die einzigen sein möchten.

Hat sich nun hiernach einerseits herausgestellt, daß das fingirte Geständniß durchgängig nur eine processualische Ungehorsamsstrafe ist, andererseits aber, daß es doch in der That als Geständniß betrachtet werden muß, folglich auch dessen Beschaffenheit insoweit hat, als überhaupt eine Fiction der Wirklichkeit gleichsteht, so tritt nunmehr die Frage nach seinen Wirkungen hervor, und dafür findet sich in unserer Literatur eigentlich gar keine Antwort. Richter[81]) erklärt sich sehr schwankend nur dahin, daß das fingirte Geständniß dem wirklich abgelegten ähnlich (!) sei, folgert daraus, daß es die gleiche Wirkung habe, wie das ausdrückliche Geständniß, und behauptet namentlich, daß die sofortige Verurtheilung des Gestehenden darauf gegründet werden könne, oder daß unter Umständen es nicht einmal der processualischen Behandlung und Entscheidung bedürfe, sondern die Execution sofort daraufhin nachgesucht werden könne. Dieser letzte Punkt, die Untersuchung, inwiefern überhaupt auf ein abgelegtes Geständniß der Schuld die Execution ohne vorhergehende richter=

---

5. D. de servitut. praedior. urban. (8, 2). L. 1, §. 3. D. de tributor. actione (14, 4). L. 142. D. de regulis juris (50, 17). Osterloh a. a. O. §. 134, S. 337. Linde, Abhandl. I. S. 39. Weber, Beweisführung IV. §. 19. Brackenhöft in diesem Archiv, Bd. XX., S. 397.

80) Zu erwähnen ist hier, daß Bethmann-Hollweg als praktisches Vorkommen des fingirten Geständnisses in seinen „Versuchen über die Theorie des Civilprozesses" S. 304 nur den Fall bei den Positionen und bei dem Eide anführt, also alle übrigen hier erörterten übersehen hat.

81) Diss. cit. §. XIII., p. 29.

liche Verurtheilung des Gestandenen eintreten könne, mag hier bei Seite gelassen werden, da sie die Lehre vom civilprocessualischen Geständniß überhaupt betrifft. Dagegen muß Richters Ansicht in ihrer Allgemeinheit für unrichtig erklärt werden, obgleich ihr noch Andere [82]), aber eben so ungenau und ohne nähere Bestimmung der Verschiedenheiten des fingirten Geständnisses, beipflichten. Vielmehr kann man nur durch eine Unterscheidung hierüber zu einem klaren Resultat gelangen.

1) Der fragliche Ungehorsam wurde in demjenigen Rechtsstreite selbst begangen, in welchem es sich jetzt um die Wirkung des daraus abgeleiteten fingirten Geständnisses handelt, m. a. W. es liegt ein gerichtliches fingirtes Geständniß vor, indem man unter gerichtlichem Geständniß überhaupt, nach allgemein angenommener und auch ganz richtiger Terminologie, dasjenige versteht, welches von einer streitenden Parthei vor dem competenten Gericht, und zwar in demjenigen Rechtsstreit und zu dessen Acten abgelegt worden ist, in welchem es als Beweisgrund gegen den Gestehenden gelten soll [83]). In diesem Falle, aber auch nur in diesem, muß das fingirte Geständniß für beweisend angesehen werden, gleich dem ausdrücklichen Geständnisse, und sogar noch mehr, indem diejenigen Gründe, welche die Beweiskraft eines gerichtlichen ausdrücklichen Geständnisses zweifelhaft machen können, wie z. B. der Mangel des ernstlichen Willens zu gestehen, die Zweideutigkeit der gebrauchten Ausdrücke u. dgl. bei dem fingirten gar nicht vorkommen können, sondern hier, insofern nur aus der Verhandlung klar hervorgeht, hinsichtlich welcher Thatsache die betreffende Parthei sich in einem der obenbeschriebenen Fälle des Ungehorsams schuldig gemacht hat und demzufolge ihr Geständniß

---

82) Mevii decision. P. II. decis. 327, No. 7. Böhmer, l. c. §. XXVII. Letzterer bemerkt dabei mit Recht, daß die Wirkung des fingirten Geständnisses nicht über diejenige Thatsache hinaus erstreckt werden darf, hinsichtlich deren die Fiction angenommen werden mußte, und der Ungehorsam begangen wurde, s. auch Richter, l. c. p. 29.

83) C. 4. X. de judiciis (2, 1). Linde, Civilproceß §. 256. Heffter, System des Prozeßrechtes §. 225, 226. Bayer, Vorträge §. 222, S. 700.

fingirt werden muß, dasselbe alsdann **unbedingt** beweisend ist. Dieser Fall kömmt praktisch sehr häufig vor, und es wird von Niemand bezweifelt, daß wegen mangelnder Einlassung (landesrechtlich), wegen verweigerten Eides oder wegen unterlassener Erklärung über die producirte Beweisurkunde, die Thatsache, über welche die Einlassung oder die Eidesleistung hätte erfolgen sollen, für bewiesen, die Urkunde für beweiskräftig anzusehen ist; es würde überflüssig sein, Beispiele dieser Art zu erzählen, da sie täglich in den Gerichten sich finden. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß bei der Anwendung dieser Fiction die nämlichen Grundsätze außerdem entscheiden, welche für die Beurtheilung des ausdrücklichen gerichtlichen Geständnisses gelten.

2) Anders verhält es sich mit demjenigen fingirten Geständnisse, welches in einem anderen Rechtsstreite der nämlichen Partheien (vor Gericht) abgelegt worden ist, die gegenwärtig abermals einen Rechtsstreit mit einander führen; es muß nach der erwähnten Terminologie das **außergerichtliche** fingirte Geständniß genannt werden, und ist bei demselben ohne Einfluß, ob der frühere Rechtsstreit vor dem nämlichen Gerichte vorkam, wie der jetzige, oder ob er vor einem anderen Gerichte verhandelt wurde. Es wollen zwar Manche ein solches außergerichtliches fingirtes Geständniß überhaupt nicht anerkennen [84]), allein es läßt sich dafür in der That kein Grund auffinden. Wenn A und B mit einander gerichtlich streiten, A im Beweisverfahren für schuldig erkannt wurde, einen Eid über eine gewisse Thatsache zu leisten, und ihn verweigerte, demgemäß durch Decret des Gerichtes dieser Thatsache für geständig erachtet wurde, weshalb sollte dieses Geständniß, wenn A und B späterhin in einen anderen Rechtsstreit mit einander gerathen, gar nicht berücksichtigt werden dürfen und als nicht vorhanden angesehen werden? Allein eben so wenig darf man dieses fingirte Geständniß für unbedingt beweisend ansehen. Vielmehr muß man behaupten, daß es, gleich dem ausdrücklichen

---

84) Bethmann-Hollweg a. a. O., S. 304. Alle Beweiskraft eines solchen außergerichtlichen fingirten Geständnisses läugnet Martini analecta forensia ad tit. XX. No. 172, pag. 469.

außergerichtlichen Geständniß nur eine nach den Umständen des concreten Falles zu beurtheilende, daher mitunter gar keine Beweiskraft besitzt, während es auch bisweilen völlig beweisen kann. Denn es ist sehr wohl möglich, daß die betreffende Parthei in dem früheren Rechtsstreite diejenige Thatsache, hinsichtlich deren sie eine der obbeschriebenen processualischen Handlungen vornehmen sollte, für unerheblich ansah und kein Gewicht darauf legte, ob sie für eingestanden fingirt werde oder nicht. Sie unterließ daher die ihr auferlegte Handlung; wegen dieses Ungehorsams wurde die Fiction des Eingeständnisses der fraglichen Thatsache angenommen, auch wohl eine beiläufige aber unwichtige Consequenz daraus von dem Gericht gezogen, jedoch die eigentliche Entscheidung des Rechtsstreites nicht darauf gebaut. Später entspinnt sich zwischen den nämlichen Partheien ein anderer Rechtsstreit über einen, dem früheren verwandten oder auch einen davon ganz verschiedenen Gegenstand; in diesem wird jene Thatsache entscheidend wichtig, und es entsteht nunmehr die Frage, ob sie, zufolge ihres fingirten Eingeständnisses in dem früheren Rechtsstreite, gegenwärtig ohne Weiteres für bewiesen angesehen werden soll. Diese Frage muß nun verneint und der betreffenden Parthei jetzt noch gestattet werden, jene Thatsache zu läugnen. Denn sie hat nicht durch eine positive Willensäußerung, also ausdrücklich zugestanden, welchen Falles das Geständniß für beweisend angesehen werden müßte, weil es, obschon im processualischen Sinn außergerichtlich, doch unter solchen Umständen, d. h. vor Gericht und in einem Rechtsstreit abgegeben worden ist, welche über die Ernstlichkeit des Willens zu gestehen keinen Zweifel zulassen. Vielmehr ist nur aus einer Unterlassung, aus einem processualisch allerdings strafbaren Ungehorsam der Parthei damals das Geständniß fictionsweise abgeleitet worden; sie konnte das ruhig geschehen lassen, weil damals nichts darauf ankam; allein im gegenwärtigen Rechtsstreit darf man nicht eine Folgerung daraus ziehen, an welche die fingirter Weise gestehende Parthei damals nicht dachte und nicht denken konnte. Dies entspricht völlig den bekannten Grundsätzen über die Beweiskraft des ausdrücklichen außergerichtlichen Geständnisses, welche man demselben zwar nicht ganz absprechen darf,

die aber ebenfalls nur nach den individuellen Verhältnissen und Umständen beurtheilt werden muß, unter welchen das außergerichtliche Geständniß abgelegt wurde; es versteht sich dabei von selbst, daß der außergerichtlich Gestehende diejenigen Gründe anführen und beweisen[85]) darf, wegen derer sein früheres Geständniß als nicht beweisend, namentlich als nicht ernstlich abgelegt anzusehen ist. Es entspricht dies aber ferner der gewöhnlich so ausgedrückten Parömie: ad non cogitata non datur renuntiatio[86]), indem man dem Willen keinen weiteren Umfang in seinen Wirkungen geben darf, als ihn der Wollende beabsichtigte und zur Zeit der Willensbestimmung zu beurtheilen im Stande war; tritt späterhin durch damals nicht vorauszusehende Gründe die Möglichkeit noch weiterer Wirkungen ein, so darf man nicht annehmen, daß der Wollende, der vernünftiger Weise gar nicht an sie denken konnte, sie ebenfalls gewollt habe. Endlich darf man nicht etwa die oben mitgetheilten Grundsätze über die römische interrogatio in jure hierher beziehen und sagen, daß das bei Ungehorsam des Befragten angenommene fingirte Eingeständniß der Interrogation im jetzigen Sinn ein außergerichtliches gewesen, folglich jedem außergerichtlichen fingirten Geständniß ohne Unterschied volle Beweiskraft, auch für den späteren Rechtsstreit derselben Partheien beizulegen sei. Es versteht sich vielmehr von selbst, daß aus jenem singulären und für uns nur noch historisch wichtigen Institut kein solcher allgemeiner Schluß gezogen werden darf. Einige Beispiele, die dem Verf. vorgekommen sind, mögen zur Erläuterung des Gesagten, nach welchem auf das fingirte außergerichtliche Geständniß nur einfach die nämlichen Grundsätze anzuwenden sind, welche von dem ausdrücklichen außergerichtlichen Bekenntnisse gelten, noch beitragen. Die ledige Marie M. klagte gegen den Dienstknecht F. auf Ehelichung oder Auszahlung einer Dotationssumme von 100 Thlrn. und stützte diese Klage theils auf ein ihr von dem Beklagten gegebenes Eheversprechen, theils auf die von

85) L. 25 §. 4. D. de probationibus (22, 3). L. 13 Cod. de non num. per. (4, 30). Bayer, §. 224, S. 710 ff.

86) L. 5. D. de transactionibus (2, 15). L. 16. §. 3. D. de testamentaria tutela (26, 2.)

F. mit ihr öfter zu angegebenen Zeiten vollzogene Verunehrung, in Folge deren sie schwanger geworden sei. Der Beklagte versäumte sich an der zur Einlassung auf die Klage anberaumten Frist, und wurde daher — nach dem speciellen Landesproceßrechte — von dem Untergericht der Klage für geständig erachtet und zur Ehelichung der Klägerin oder Ausstattung derselben mit 100 Thaler für schuldig erkannt; auf eingewendete Appellation des Beklagten wurde von dem Appellationsgerichte bestätigend erkannt, und nur die Auflage der Ehelichung verworfen, welcher Bescheid die Rechtskraft beschritt. Ein Jahr später erhob Marie M. gegen denselben Beklagten eine Executivklage, trug darin vor, daß sie inzwischen mit einem Knaben niedergekommen sei, wofür sie ein pfarramtliches Zeugniß zur Bescheinigung beilegte, und bezog sich wegen ihrer unehelichen Schwängerung durch den Beklagten auf sein, in dem früheren Rechtsstreit entstandenes fingirtes Geständniß, zu dessen Bescheinigung sie sich auf die Acten jenes Processes bezog, deren Adjunction sie erbat und erhielt. Der Beklagte bestritt die Statthaftigkeit dieser Executivklage hauptsächlich aus dem Grunde, weil der von ihm angeblich mit der Klägerin vollzogene Beischlaf und dessen richtige Zeit nicht durch Urkunden bescheinigt sei, indem der von ihm früherhin in Beziehung auf die Dotationsklage verschuldete Ungehorsam und das daraus abgeleitete fingirte Eingeständniß jener Thatsachen nicht für die gegenwärtige executivische Alimentationsklage von Wirksamkeit sein könne. Das Untergericht hielt die Ansicht der Klägerin für richtig und verurtheilte den Beklagten nach dem Klaggesuche; auf seine Appellation erkannte das Obergericht reformatorisch und wies die Klage in der angebrachten Weise ab, indem es den Grund des Beklagten billigte; auf Oberappellation der Klägerin wurde aber in letzter Instanz dieses Erkenntniß aufgehoben und der Bescheid des Untergerichtes wiederhergestellt. Diese letzte Entscheidung war offenbar die richtige. Der frühere Rechtsstreit war zwischen den nämlichen Personen geführt worden, er betraf allerdings nur die Ehelichung oder Dotation, also einen anderen Gegenstand, wie der jetzige, allein das Fundament der ersten Klage, die außereheliche Schwängerung, war der entscheidend wesentliche Punkt. Hin=

sichtlich desselben wurde die Fiction des Geständnisses nach Landesrecht angenommen; Beklagter mußte bei seinem Ungehorsam hinsichtlich der Einlassung wissen, daß er dadurch jenes entscheidenden Klaggrundes fingirter Weise geständig werde, es stand derselbe also zwischen den Partheien unzweifelhaft fest, und es war folglich bei dem späteren, auf Alimentation gerichteten Rechtsstreit diese Thatsache nicht mehr von dem Beklagten zu läugnen, sein — im processualischen Sinne — außergerichtliches fingirtes Geständniß derselben mußte auch hier für beweisend angesehen werden, da man an der Ernstlichkeit seines früheren Willens bei seinem Ungehorsam nicht zweifeln konnte. Da nun Existenz und Inhalt dieses fingirten Geständnisses durch die Acten des früheren Rechtsstreits als gehörig inducirte Bescheinigungsurkunde vollkommen bewiesen wurde, so war die neuere Executivklage genügend begründet und bescheinigt; eines wiederholten Beweises der Vaterschaft des Beklagten bedurfte es unter diesen concreten Umständen nicht. Anders verhielt es sich in einem zweiten Falle. Der Fabrikant B. klagte im Jahr 1854 gegen den Weber K., erzählte, daß das Handlungshaus S. und Comp. eine Anweisung auf das Banquierhaus H. für 350 Thlr. zu Gunsten des K. ausgestellt, K. sie an den Kaufmann D. girirt, und D. sie dem Kläger für erkauftes Garn an Zahlungsstatt gegeben und auf ihn girirt habe; der Bezogene H. habe die Zahlung verweigert, D. habe inzwischen fallirt und Kläger forderte daher von K. die Zahlung der 350 Thlr. sowie Ersatz der gehabten Unkosten. Beklagter setzte wesentlich entgegen, daß die Anweisung nicht die Eigenschaft eines Wechsels habe, und erzählte dabei noch, daß er für D. und in dessen Auftrag eine Parthie Thibet an S. und Comp. verkauft, dafür die fragliche Anweisung erhalten und daher die Forderung der 350 Thlr. seinem Mandanten D. cedirt und in blanco girirt habe; er deferirte darüber, wie es das Landesgesetz forderte, dem Kläger sofort den Eid. Dieser erklärte in seiner Replik diese ganze Erzählung für unerheblich und ihn gar nicht berührend, erklärte sich aber über den Eidesantrag nicht. Das Gericht wies schließlich die Klage angebrachter Maaßen ab, und zwar lediglich aus dem Grunde, weil die kaufmännische Anweisung rechtlich nicht

dem Wechsel gleichstehe, und Kläger keine Cessionen des Anspruches behauptet habe; dieser Bescheid wurde rechtskräftig. Im J. 1855 klagte B. abermals gegen K., erzählte dieselben Thatsachen wieder, behauptete aber nunmehr, daß D. ihm seine Ansprüche gegen den Beklagten laut beigelegter Urkunde cedirt habe, und stellte das gleiche Gesuch, wie früher. Beklagter setzte unter mehreren anderen Einreden auch die Behauptung entgegen, daß D. gar keinen Anspruch gegen ihn gehabt, folglich denselben nicht zu cediren vermocht habe, indem er selbst (K.) nur gewöhnlicher Mandatar des D. gewesen sei, in dieser Eigenschaft an S. und Comp. den Thibet verkauft und die Anweisung an Zahlungsstatt erhalten habe, die er dann nur seinem Mandanten D. der Form wegen mittelst Giro's übergeben habe; er behauptete, daß dieser Einwand durch das fingirte Eingeständniß des Klägers in dem früheren Rechtsstreit bereits vollständig bewiesen sei. In dem Endurtheile, dessen weiterer Inhalt nicht hierher gehört, wurde dies aber nicht gebilligt und mit Recht. Zwar konnte es nach dem Landesproceßrecht nicht zweifelhaft sein, daß gegen den Kläger B., der sich in dem früheren Rechtsstreit auf die Einrede, daß Beklagter bloßer Mandatar des D. gewesen sei, und auf den darüber deferirten Eid nicht eingelassen hatte, ein fingirtes Geständniß dieser Behauptung vorlag. Allein sie war, wie Kläger damals richtig replicirte, für jenen ersten Rechtsstreit ganz gleichgültig, für den es nur darauf ankam, ob — nach dem betreffenden Landesrecht — die kaufmännische Anweisung rechtlich dem Wechsel gleichstehe oder nicht. Kläger konnte daher für diesen Rechtsstreit immerhin hinsichtlich einer unwesentlichen Behauptung des Beklagten ungehorsam sein und dadurch die Fiction des Eingeständnisses herbeiführen, indem er damals nicht im Stande war, vorauszusehen, daß sie in einem anderen Rechtsstreite, wenn auch mit demselben Beklagten, einmal entscheidende Wichtigkeit erlangen könne. Dies trat aber durch die Wendung, welche der zweite Rechtsstreit nahm, ein Jahr später ein, und nun durfte gegen den Kläger nicht das frühere fingirte Eingeständniß des bloßen Mandatsverhältnisses zwischen Beklagtem und D. als beweisend angesehen werden, sondern es war ihm noch die Abläugnung die-

ser Einredebehauptung zu gestatten. Solche Beispiele könnten noch mehr angeführt werden, wenn es der Raum gestattete. Bei dem letzterwähnten Rechtsfalle darf man auch nicht etwa den Grundsatz entgegen halten: exceptio rei judicatae obstat quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere judicii [87]), denn es lag kein rechtskräftiger Ausspruch des Gerichtes im ersten Rechtsstreit über die Fiction des Geständnisses vor, weil das Gericht damals die fragliche Thatsache mit dem Kläger für unerheblich ansah, und es war der zweite Rechtsstreit zwar alio genere judicii erhoben, wie der erste, allein es war nicht eadem causa, weil der Streitgegenstand ein anderer war. Nach der Ansicht des Verfass. würde es übrigens nichts ändern, wenn auch die Fiction in dem früheren Rechtsstreit durch rechtskräftiges Urtheil ausgesprochen worden wäre, es bliebe eben doch immer nur für den späteren Rechtsstreit ein außergerichtliches fingirtes Geständniß, dessen Beweiskraft von den besonderen Umständen abhängt. Nach diesem Princip muß auch behauptet werden, daß, wenn der Richter sich seines obenbetrachteten Fragerechts bedient, aber Unerhebliches gefragt, und die befragte Parthei ungehorsamer Weise nicht darauf geantwortet hat, das daraus für den früheren Rechtsstreit hervorgegangene fingirte Geständniß für den späteren zwischen denselben Partheien nicht ohne Weiteres beweiset. Das Gleiche gilt von dem fingirten Geständniß wegen unterlassener Erklärung über eine producirte Urkunde; es werden sehr häufig Urkunden von dem Producenten bei dem Beweise gebraucht, welche in der That für die Entscheidung des Rechtsstreits gänzlich ohne Einfluß sind, der Product findet es daher nicht der Mühe werth, sich darüber zu erklären, weil er gewiß weiß, daß nichts darauf ankömmt — hier kann aus der Fiction der Anerkennung in einem späteren Rechtsstreite zwischen ihm und demselben Gegner unmöglich ein Geständniß der Aechtheit der Urkunde oder gar der dadurch zu beweisenden Thatsache gefunden werden. Endlich muß dasselbe angenommen werden,

87) L. 3. L. 7 §. 4. cf. c. L. 14. pr. L. 27. D. de exceptione rei judicatae (44, 2).

wenn der Parthei in dem früheren Rechtsstreit ein Eid deferirt war, und sie durch unterlassene Erklärung über den Eidesantrag die Fiction des Geständnisses der abzuschwörenden Thatsache herbeigeführt hat, wie der erzählte zweite Rechtsfall zeigt. Bedenklicher ist dagegen die Frage dann, wenn der deferirte Eid acceptirt war, und der Delat (oder Relat sich an der Ableistung versäumt oder sie verweigert, was bei dem gerichtlichen Eide ebenso der Fall ist. Hier könnte man nämlich argumentiren, daß, weil nothwendig vorher auf Ableistung des Eides durch gerichtliches Decret erkannt worden sein muß, dadurch die Erheblichkeit der zu beschwörenden Thatsache für den damaligen Rechtsstreit feststand, indem jeder unnütze oder unerhebliche Eid durchaus verboten ist und von dem Richter schlechterdings nicht zugelassen, sondern sogar von Amtswegen verhindert werden soll[88]), und man könnte daraus folgern, daß die wegen Eidesweigerung fictionsweise zugestandene Thatsache unbedingt für den späteren Rechtsstreit der nämlichen Partheien feststehen müsse — in der That muß diese Ausnahme gegen das hier aufgestellte Princip wegen des bestimmten canonischen Gebotes zugegeben werden, weil die den Eid verweigernde Parthei weiß, daß dadurch ihr Geständniß einer für erheblich geachteten Thatsache fingirt wird.

3) Endlich ist noch der Fall zu erwähnen, wenn in dem Rechtsstreite zwischen gewissen Partheien aus einer der oben erörterten Ursachen gegen eine Parthei die Fiction des Geständnisses einer gewissen Thatsache eintrat, und nachher dieselbe Person mit einem Dritten in einen Rechtsstreit geräth, in welchem jene Thatsache von Einfluß ist. Hier muß entschieden behauptet werden, daß, da nicht einmal das ausdrückliche gegen eine andere Person abgelegte (gerichtliche oder außergerichtliche) Geständniß der jetzigen Gegenparthei nützen kann[89]), wie bei Gelegenheit der

---

88) C. 2. X. de probationibus (2, 19). c. 26 X. de jurejurando (2, 24). Glück, Commentar Bd. XII., S. 211. Schmid, Handbuch d. Civilprocesses Bd. II., S. 383. Strippelmann a. a. O., S. 113, 114.

89) Gensler in diesem Archiv, Bd. I., S. 31, 32. Bd. II., S. 296. Spangenberg, in der Zeitschrift f. Civilrecht und Proceß, Bd. V., S. 37, 38. Bayer a. a. O. §. 223, S. 706.

interrogationes in jure bestimmt gesagt ist[90]), noch viel weniger dies bei dem fingirten eintreten kann, weil nur die jetzige oder vormalige Gegenparthei auf den ihr aus der Fiction des Geständnisses, als der processualischen Ungehorsamsstrafe erwachsenden Vortheil ein Recht hat, eine dritte Person aber dadurch in keiner Hinsicht berührt werden kann.

Schließlich ist noch anzuführen, daß das fingirte Geständniß keineswegs aus allen Gründen zurückgenommen oder angefochten werden kann, aus welchen die Zurücknahme oder Anfechtung des ausdrücklichen, zumal des gerichtlichen Geständnisses möglich ist. Namentlich kann von einem Widerruf desselben innerhalb 3 Tagen nach der Ablegung ebenso wenig die Rede sein, als von Anfechtung wegen erlittenen Zwanges oder Betruges; und man muß sogar behaupten, daß die bei dem ausdrücklichen Geständnisse gestattete Anfechtung wegen eines thatsächlichen, nicht durch eigene grobe Verschuldung des Gestehenden herbeigeführten Irrthums hier, theils weil das fingirte Geständniß auf processualischem Ungehorsam beruht und Strafe dafür ist, theils wegen seiner Natur als Fiction nicht statthaft ist. Nur dann, wenn durch das fingirte Geständniß etwas physisch Unmögliches zugestanden worden wäre, würde es, gleich einem solchen ausdrücklichen Geständnisse, unwirksam sein[91]), und dies auch von dem Ungehorsamen geltend gemacht werden können; das Gleiche würde eintreten, wenn etwas juristisch Unmögliches durch Fiction eingeräumt worden ist[92]). Endlich versteht es sich von selbst und kömmt häufig vor, daß der Ungehorsame Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen sein Versäumniß und dadurch gegen die wider ihn angenommene Fiction des Geständnisses erlangen kann, wenn die rechtmäßigen Erfordernisse der Restitution vorhanden sind.

90) L. 22. D. de interrogat. (11, 1), s. auch L. 52 pr. D. de pactis (2, 14).

91) L. 23. §. 11. L. 24. L. 25 pr. D. ad leg. Aquil. (9. 2). L. 8. D. de confessis (42, 2).

92) L. 13. pr. L. 14. §. 1. D. de interrogat. (11, 1), s. überhaupt Schmid Handbuch Bd. II. §. 131, S. 218, 219.